



UNIVERSIDAD DE LA RIOJA

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

Título

La guarda de hecho

Autor/es

ÁLVARO PÉREZ VILARIÑO

Director/es

PEDRO V. DE PABLO CONTRERAS

Facultad

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Titulación

Grado en Derecho

Departamento

DERECHO

Curso académico

2017-18



La guarda de hecho , de ÁLVARO PÉREZ VILARIÑO
(publicada por la Universidad de La Rioja) se difunde bajo una Licencia Creative
Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 3.0 Unported.
Permisos que vayan más allá de lo cubierto por esta licencia pueden solicitarse a los
titulares del copyright.



**UNIVERSIDAD
DE LA RIOJA**

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO: 2017/2018

TRABAJO FIN DE GRADO

LA GUARDA DE HECHO

THE GUARD OF FACT

TUTOR: PEDRO DE PABLO CONTRERAS

PRESENTADO POR: ALVARO PÉREZ VILARIÑO

RESUMEN: Previo repaso del marco constitucional, la evolución legislativa de la protección de los menores y discapacitados y el estudio de las figuras afines; trato la evolución de la guarda de hecho y la situación de la misma en la actualidad.

ABSTRACT: *Previous review of the constitutional framework, the legislative evolution of the protection of minors and the disabled and the study of related figures; I treat the evolution of the guard of fact and its situation at present.*

PALABRAS CLAVE: Guarda de hecho. Menores. Personas con capacidad modificada judicialmente. Tutor. Patria potestad. Desamparo.

KEYS WORDS: *Guards of fact. Minors. Persons with capacity modified judicially. Tutor. Native legal authority. Abandon.*

ABREVIATURAS:

art. (arts.): artículos (s)
AP (AAPP): Administración (es) Pública (s)
BOE: Boletín oficial del Estado
CA (CCAA): Comunidad (es) Autónoma (s)
CC: Código Civil
CC-Cat: Código Civil Cataluña
CCF: Código Civil Francés
CE: Constitución Española
CP: Código Penal
EP (EEPP): Entidad (es) Pública (s)
LEC: Ley Enjuiciamiento Civil
LO: Ley Orgánica
LOPJM: Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor
LJV: Ley Jurisdicción Voluntaria
OJ: Ordenamiento Jurídico
pág. (págs.): página (s)
párr.: párrafo
TRLPM: Texto Refundido de la Legislación sobre Protección de Menores
TRLTMM: Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores
STC: Sentencia Tribunal Constitucional
STS: Sentencia Tribunal Supremo

ÍNDICE

1. La protección de los menores y discapacitados en general
 - 1.1 Marco constitucional
 - 1.1.1 Régimen sustantivo
 - 1.1.1.1 La protección de menores
 - 1.1.1.2 La protección de personas con discapacidad
 - 1.1.2 Marco competencial Estado - CCAA
 - 1.2 Evolución legislativa
 - 1.3 La patria potestad
2. Instituciones tutelares
 - 2.1 Régimen Jurídico general
 - 2.2 Principios básicos y principios informadores
 - 2.3 La tutela
 - 2.4 La curatela
 - 2.5 El defensor judicial
3. Evolución de la guarda de hecho
 - 3.1 Orígenes: El Derecho Romano y la primera redacción del Código Civil
 - 3.2 Introducción de la guarda de hecho en el Código Civil en 1983
 - 3.3 La revitalización de la guarda de hecho en 2015
4. La guarda de hecho, en la actualidad
 - 4.1 Concepto y regulación
 - 4.2 Constatación
 - 4.3 Supuestos
 - 4.4 Guardador de hecho
 - 4.4.1 Funciones
 - 4.4.2 Actos
 - 4.4.3 Responsabilidad civil
 - 4.4.4 Retribución
 - 4.4.5 Medidas de control y vigilancia
 - 4.5 Guarda administrativa
 - 4.6 Ámbito
 - 4.7 Extinción

Conclusiones

Bibliografía

1. LA PROTECCIÓN DE LOS MENORES Y DISCAPACITADOS EN GENERAL

1.1 MARCO CONSTITUCIONAL

1.1.1 Régimen sustantivo

Tal como expone el profesor MARTÍNEZ DE AGUIRRE¹, cabe inducir de los artículos 39 y 49 de la Constitución Española (en adelante, CE) la existencia, en el ordenamiento jurídico, de un *principio general de protección de los menores e incapacitados*.

1.1.1.1 La protección de menores

Como recoge la profesora VIDAL CASERO², la figura del menor de edad y su protección no se define expresa ni directamente en la CE, pero si podemos encontrar reiteradas menciones bajo otras denominaciones, incluso de manera implícita (cfr. arts. 20. 4, 27.3 y 48 CE).

El artículo 39 CE establece el fundamento constitucional de la protección de los menores. Como escribe el profesor DE PABLO CONTRERAS³, el mencionado precepto aborda la coexistencia entre, las potestades en relación con los menores de Derecho privado con otras potestades, también en relación con los menores, complementarias de Derecho público; y como añade la profesora VIDAL CASERO, la relevancia de este artículo reside en su triple enfoque (cfr. art. 39 apartados 2, 3 y 4 CE), por lo que de la visión de ambos se puede extraer lo siguiente:

a) En el apartado primero, se fija la regla general de que *“Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”* (art. 39.1 CE).

b) En el apartado segundo, se determina que *“Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación (...)”* (art. 39.2 CE). A tenor de lo expuesto la profesora VIDAL CASERO hace alusión a su carácter de principio rector de la política social y económica, asociándolo con su corolario artículo 53.3 CE. El profesor DE PABLO CONTRERAS, por su parte, escribe que este precepto incluye, entre otras muchas cuestiones, la intervención administrativa y la judicial en materia de protección de menores.

c) Unido a los dos primeros apartados, el tercero establece el principio de que *“Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda.”* (art. 39.3 CE) y, como indica DE PABLO CONTRERAS, ello reconoce el

¹ En “Capítulo 15: La protección de los menores e incapacitados, en general. La Patria Potestad” en *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Madrid, 2016, págs. 377 y ss.

² En “La Evolución legislativa de la protección del menor, la defensa de sus derechos y la atención a su salud” en *Derecho y Salud Vol.11, Núm. 1, julio-diciembre 2002 Publicación Oficial de la Asociación de Juristas de la Salud*, págs. 220 y ss.

³ En “Capítulo 45: Instituciones de guarda y protección de menores o discapacitados” (Guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento), en *Tratado de Derecho de Familia. Volumen VI: Las relaciones paterno-filiales*, II (2ª edición), Madrid, 2017, págs. 542 y ss.

contenido personal de la patria potestad, siendo compatible con la existencia de la tutela, la curatela y el defensor judicial⁴.

d) Finalmente, el apartado cuarto que cierra el precepto expone que “*Los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos.*” (art. 39.4 CE) lo que nos remite, como más adelante veremos, a la regulación europea e internacional sobre la protección del menor⁵.

Por último, destacar dos ideas. La primera, DE PABLO CONTRERAS puntualiza, respecto de la intervención de los poderes públicos en el ámbito de la protección de los menores, que cabe destacar de estos su capacidad de obrar limitada y por ello la necesidad de una protección integral (cfr. art. 39.3 CE) y la falta de ésta justifica la adopción de una medida de protección que la asegure (cfr. art. 39.2 CE) mediante resolución administrativa sometida a control judicial⁶. La segunda, VIDAL CASERO expone que la CE considera a la familia como la célula social básica y grupo idóneo para la realización personal de cada uno de sus miembros, todo ello bajo la igualdad de trato.

1.1.1.2 La protección de personas con discapacidad

El artículo 49 CE, encargado de regular la protección de personas con discapacidad, expone que “*los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos*”. Como bien apunta DE PEDRO CONTRERAS⁷, el precepto alcanza a todos los derechos con reconocimiento constitucional, proveyéndose, además, una discriminación positiva a los discapacitados en forma de atención especializada y un amparo específico; y asimismo, el citado artículo establece una previsión en torno a la superación de la igualdad formal ante la ley (cfr. arts. 14 y 10.1 CE) convirtiéndola en igualdad de hecho (cfr. art. 9.3 CE).

Finalmente, en relación con la intervención de los poderes públicos en el ámbito de la protección de las personas con discapacidad, es necesario poner de manifiesto que la

⁴ (op. cit., nota 3) DE PABLO CONTRERAS: Son instituciones de derecho privado que se ocupan, de manera complementaria o subsidiaria, del deber de atención a los menores impuesto por el precepto constitucional a los padres.

⁵ A nivel europeo contamos con la Carta Europea de los Derechos del Niño (1992) y a nivel internacional con la Convención de Derechos del Niño (1989).

⁶ (op. cit., nota 3) pág. 545 y ss.

⁷ (op. cit., nota 3) págs. 543 y ss.

capacidad de obrar⁸ se obtiene con la mayoría de edad (cfr. art. 12 CE) por lo que, en correspondencia con el artículo mencionado, la vía para la adopción de medidas que conlleven la pérdida de libertad y de autonomía personal de los mayores de edad, requiere de una resolución judicial fundada en derecho (cfr. arts. 17 y 25.3 CE).

1.1.2 Marco competencial Estado - CCAA

En el marco competencial Estado – CCAA en materia de protección de menores y discapacitados existen, a tenor de sus respectivas competencias, dos temas a tener en cuenta, que son: por un lado, la legislación civil y por otro, la asistencia social.

Atendiendo a la limitación que supone para las CCAA la competencia exclusiva del Estado en legislación civil (cfr. art. 149.1. 8º CE), ello nos sitúa en el supuesto de la existencia de tres tipos de competencias⁹ y tres tipos de vías de acceso a la autonomía,¹⁰ lo que nos hace comprender el porqué de las limitaciones competenciales y la distinción entre CCAA.

Por lo expuesto, cabe indicar que actualmente las CCAA no pueden ejercitar de tal manera sus competencias que supongan una invasión a las competencias exclusivas del Estado¹¹ y, en contrapartida, el Estado necesita de un título habilitante para poder ejercitar la competencia que corresponda en cada momento.

Pero la verdadera dicotomía se encuentra respecto de la asistencia social; en el artículo 148 de la CE que regula las materias que pueden ser asumidas por las CCAA encontramos en el apartado primero número 20ª que las comunidades autónomas pueden asumir competencias en la materia de asistencia social, actuación que, como apunta DE PABLO CONTRERAS¹², todos los Estatutos de Autonomía llevaron a cabo,

⁸ SANTOS URBANEJA, en *La Guarda de hecho: Institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad*, 2017; Expone los tres estatutos civiles posibles para las personas mayores de edad: 1. Capacidad de obrar plena (cfr. art. 12 CE) 2. Situación de incapacidad “presunta”, es decir, transcurso de la presunción legal de capacidad a la presunción de incapacidad acompañadas de un conjunto de disposiciones tales como el despliegue de los efectos de la guarda de hecho; el internamiento involuntario sometido a control judicial; la legitimación tanto de familiares como del Ministerio Fiscal para promover la declaración judicial de incapacidad (cfr. arts. 756.1 y .2 LEC); nombramiento del defensor judicial en caso de ser demandado en juicio (cfr. art. 8 LEC) y, por último, adopción de medidas de protección (cfr. art. 216.2 y art. 158 CC) Y 3. Incapacidad parcial o total declarada por sentencia (cfr. art. 7610.1 LEC) tras un proceso judicial de determinación de la capacidad de obrar.

⁹ Como se remarca en STC de 28 de junio de 2010 existen las competencias exclusivas (ya sean del Estado o de las CCAA sobre una determinada materia atribuida constitucionalmente), las compartidas (en la que el Estado posee la legislación básica y las CCAA el desarrollo legislativo y la ejecución) y las ejecutivas (en las que corresponde al estado la legislación entera, es decir, bases más desarrollo y a las CCAA solamente la ejecución).

¹⁰ Existen tres tipos de acceso a la autonomía en la conformación del Estado Autonómico: La vía general, son las CCAA que accedían a un “segundo nivel” competencial a en el transcurso de 5 años accedían al máximo nivel (cfr. art. 143. 2 y D.T. 1ª CE); La vía especial (cfr. art. 151.1 y D.T. 2ª CE) que accedieron al máximo nivel competencial desde el principio y la vía de acceso excepcional (cfr. 144 b), D.T. 5ª y D. A. 1ª CE) que contemplaba los casos excepcionales de Ceuta, Melilla y Navarra). Hoy en día todas las comunidades tras las reformas de los años 1994 y 1999 poseen las mismas competencias salvo País Vasco y Navarra. (cfr. D.A. 1ª CE).

¹¹ Por ello y para este caso en concreto el ejercicio competencial en materia de protección de menores y discapacitados deben respetar la legislación estatal al respecto

¹² (*Vid.* nota 6)

en sus primeras redacciones, incluyendo en sus respectivos textos legales la asunción de la competencia en asistencia social a su CA concreta; lo cual, no sin la intervención del Tribunal Constitucional para aclarar la diferenciación entre asistencia social (competencia exclusiva de las CCAA cfr. art. 148.1. 20ª CE) y seguridad social (competencia exclusiva del Estado cfr. art. 149.1. 17º CE)¹³, acaba por recalcar que la asistencia social es competencia exclusiva de las CCAA lo que comprende las medidas públicas de protección de las personas (mayores, jóvenes, mujeres, menores, discapacitados...) que se encuentran en situaciones de necesidad específicas que no cubre la Seguridad Social y corresponde, por ello, a las CCAA decidir, y llevar a cabo, las políticas públicas en relación con dichas personas pero con el límite de la posibilidad del Estado de ampliar el ámbito de la Seguridad Social, limitando en consecuencia las posibilidades de las CCAA en materia de asistencia social.

Por último, y a concordancia con lo expuesto, la prestación de los servicios sociales¹⁴ corresponde siempre, tanto en menores como en discapacitados, a los organismos de las CCAA como regula la Ley de Bases de Régimen Local.

1.2 EVOLUCIÓN LEGISLATIVA

Para entender la regulación sobre los menores y discapacitados es necesario, presentar un esquema – resumen sobre la evolución legislativa en esta materia.

A. Artículos CC: Partimos de la base de una serie de artículos del Código Civil¹⁵ (en adelante CC) en su redacción originaria¹⁶.

En primer lugar, y en relación con los menores, los artículos 154¹⁷, 155¹⁸ CC regulaban el contenido ordinario de la patria potestad y los artículos 262¹⁹, 263, 264, 269 CC hacían lo propio con la tutela.

Continuando, los artículos 156, 157 y 158 CC exponían el auxilio²⁰ de la autoridad gubernativa o judicial en el ejercicio de la patria potestad o de la tutela.

¹³ En STC 76/1986, de 9 de junio “la noción de asistencia social no está precisada en el texto constitucional, por lo que ha de entenderse remitida a conceptos elaborados en el plano de la legislación general, que no han dejado de ser tenidos en cuenta por el constituyente. De la legislación vigente se deduce la existencia de una asistencia social externa al sistema de Seguridad Social, y no integrada en él, a la que ha de entenderse hecha la remisión contenida en el art. 148.1.20 de la C. E. y, por tanto, competencia posible de las Comunidades Autónomas”

¹⁴ DE PABLO CONTRERAS: Lo que engloba el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia y la protección integral de los menores, así como la atención a las personas con discapacidad.

¹⁵ (op. cit., nota 3) págs. 533 y ss.

¹⁶ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil

¹⁷ Atribuye la patria potestad al padre y en su defecto a la madre sobre los hijos legítimos no emancipados y también sobre los hijos naturales reconocidos y los adoptivos menores de edad.

¹⁸ Impone al titular de la patria potestad el deber “(...) de alimentarlos, tenerlos en su compañía, educarlos e instruirlos con arreglo a su fortuna, y representarlos en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho” y la facultad “(...) de corregirlos y castigarlos moderadamente.” lo que denomina el profesor DE PABLO CONTRERAS como el contenido personal de la patria potestad. (op. cit., nota 3)

¹⁹ Los artículos 262 CC (dispone que el tutor será el representante del menor o incapacitado salvo que expresamente por ley no sea necesario), 263 CC (el tutor posee el derecho de respeto por parte del menor o incapacitado y podrá a estos corregirlos moderadamente), 264 CC (enumera una lista de obligaciones del tutor) y el 269 CC (se presenta una lista de actuaciones para las cuales el tutor necesita de autorización del consejo de familia) regulan el contenido personal de la tutela.

Finalmente, la idea de la tutela como complemento de carácter subsidiario e institución de cierre se encontraba reflejada en los artículos 199, 204, 212 y 303 CC²¹.

En cuanto a los discapacitados, la tutela funcionaba como único y exclusivo mecanismo de protección como así evidencian los artículos 200 y 213 CC²².

B. Leyes: Expuesto el régimen originario del código civil, es el momento de entrar a conocer la evolución de las diferentes leyes que han ido reformando el sistema de protección de los menores y discapacitados:

Acerca de la protección de los menores, se promulgó en España la Ley de protección a la infancia de 12 de agosto de 1904, considerada como la primera disciplina específica de protección del menor, y su Reglamento de 24 de enero de 1908. Como señala el profesor DE PABLO CONTRERAS²³, surgieron por la necesidad de dar un desarrollo a las intervenciones de los poderes públicos en la atención personal que requerían los menores no emancipados y, también, para paliar las deficiencias que había presentado en la práctica el sistema que regulaba el código civil originario, que se creía completo, se dictó, de manera paralela y manteniendo lo anterior, una normativa de protección de menores que se terminó conteniendo en lo fundamental en dos textos legales: el Texto Refundido de la Legislación sobre Protección de Menores, aprobado por Decreto de 2 de julio de 1948²⁴ (en adelante, TRLPM) y el Texto Refundido de la Legislación sobre Tribunales Tutelares de Menores, aprobado por decreto de 11 de junio de 1948²⁵ (en adelante, TRLTTM). Del régimen jurídico resultante de ambos textos, el profesor DE PABLO CONTRERAS resume:

Los sujetos sometidos a protección son, los menores de ambos sexos hasta los 16 años de edad, en todo caso, y también los mayores de 16 años, pero menores de 21²⁶, si se encontraban bajo la acción tutelar permanente de los Tribunales de Menores. La

²⁰ Como expresa el profesor DE PABLO CONTRERAS la redacción originaria del CC posee una visión más amplia y radical de la patria potestad y de la tutela que la sola idea de funciones propias de la familia trascendiendo ambas instituciones del ámbito del derecho privado llegando a darse situaciones administrativas de especial sujeción. (*op. cit.*, nota 3)

²¹ La idea que se extrae de los artículos mencionados como expone el profesor DE PABLO CONTRERAS es que en la redacción originaria del CC se regulaba un sistema de atención personal a los menores que se regía por la patria potestad y, solo y sin solapamiento, la tutela tanto ordinaria como voluntaria (*op. cit.*, nota 3)

²² El artículo 200 CC regulaba los sujetos tutelados y el artículo 213 CC añadía la prohibición de éstos de ser tutores.

²³ (*op. cit.*, nota 3) págs. 537 y ss.

²⁴ Modificada por el Decreto 1480/1968, de 11 de julio, por el que se modifican determinados artículos del texto refundido de la legislación sobre Protección Menores, aprobado por Decreto de 2 de julio de 1948.

²⁵ Modificada por la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley regulador de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores que en su exposición de motivos refleja la sentencia del Tribunal Constitucional 36/1991, de 14 de febrero, que al declarar la inconstitucional del artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores, hace necesaria la regulación de un proceso ante los Juzgados de Menores que (...) disponga de todas las garantías derivadas de nuestro ordenamiento constitucional. Pero como dispone JIMENÉZ LAINEZ en *Evolución legislativa de la responsabilidad penal del menor*, Pamplona, 2014, págs. 8 y ss. hay que tener en cuenta que esta Ley se incorporó en el ámbito jurídico marcada por la idea de provisionalidad, suponiendo una reforma urgente y parcial de la normativa de 1948 y nacida con la pretensión de adelantar parte de una más profunda renovación legislativa que tendría lugar años más tarde a través de la LO 5/2000, de 12 de enero, de reguladora de la responsabilidad penal del menor.

²⁶ Recuerda el profesor que en ese tiempo los 21 años otorgaban la mayoría de edad

mencionada acción tutelar se encontraba regulada en el TRLTTM que la confería a los Tribunales tutelares de menores, éstos de carácter mixto (judiciales y administrativos), para que la ejercitaran en caso de “*indigno ejercicio del derecho a la guarda y educación*” (cfr. art. 9 TRLTTM) por parte de los padres o tutores. Por su parte, el TRLPM regulaba la acción protectora, entre sus funciones²⁷ se encontraban: “*el amparo a los menores moralmente abandonados, recogiendo de la vía pública y proporcionándoles educación protectora y enseñanza profesional*” (cfr. art. 5 TRLPM), el texto legal atribuía el ejercicio de la acción a la Obra de Protección de Menores²⁸. Ambas son compatibles con la patria potestad y la tutela ordinaria.

Anterior a los Textos refundidos del 48, como apunta VIDAL CASERO, se dictaron dos órdenes²⁹, que regularon el acogimiento propiamente dicho y crearon las Juntas locales de colaboración familiar.

Ulteriormente, ya en la década de los 80 y por exigencia constitucional, se dictaron la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio, y la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela, modificándose así el sistema civil de guarda, que afecta tanto a menores como a incapacitados. Cabe destacar de la primera, la atribución de la patria potestad al padre y a la madre (equiparándolos), actualizándose la redacción de sus deberes y facultades para con los hijos (suprime la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos) e incluyéndose las precisiones de ejercerla en beneficio de los mismos y de ser éstos escuchados, si poseen suficiente juicio, antes de tomar una decisión que les afecta. Además, se sustituyen los artículos del CC (arts. 156, 157 y 158) referentes a el auxilio de la autoridad gubernativa o judicial en el ejercicio de la patria potestad o de la tutela, por la regla³⁰ “*los padres podrán, en el ejercicio de su potestad, recabar el auxilio de la autoridad*” (art. 154 *in fine* CC). Por último, siempre en interés del menor, se suprimen las facultades de castigo que permitía a los padres solicitar la intervención administrativa o incluso judicial, admitiéndose la corrección moderada y razonable a los hijos³¹. Por su parte, la ley del año 1983, es de especial relevancia en este trabajo, entre otras cosas, por qué incorpora al Código Civil la guarda de hecho que analizaremos con detalle más adelante. A las mencionadas les siguieron, en esa misma década, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de adopción y la Ley Orgánica 5/1988, de 9 de junio, sobre exhibicionismo y provocación sexual en relación con los menores, de las cuales destaca especialmente la primera, ya que el anticuado concepto de abandono fue sustituido por la institución del

²⁷ Hace alusión DE PABLO CONTRERAS a la utilización frecuente, al describir las funciones, del calificativo *tutela* incluso subraya que expresamente se hacía referencia a “menores sometidos a tutela” pero esas expresiones distan del sentido propio que le otorga el derecho civil y en este caso se utilizaban como sinónimo de la protección.

²⁸ El Decreto 414/1976, de 26 de febrero, modifica el art. 4 TRLPM englobando el Consejo de Protección de Menores (ejerce en el ámbito nacional), las Juntas de Protección de Menores (ejerce en el ámbito provincial) y los Tribunales Tutelares de Menores como Obra de protección de menores estableciendo la naturaleza de la misma como una entidad estatal autónoma dependiente del ministerio de justicia.

²⁹ Orden de 30 de diciembre de 1936 (BOE 1 de enero de 1937) y orden de 1 de abril de 1937 (BOE 6 de abril de 1937)

³⁰ Regla que, como apunta DE PABLO CONTRERAS, es escueta y sigue vigente.

³¹ Esta última facultad, como señala DE PABLO CONTRERAS, suprimida por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre de Adopción Internacional.

desamparo³² insertándose tal situación, por primera vez, en el CC, permitiendo la asunción automática de la tutela del menor, en los supuestos de desprotección grave del mismo, por parte de la entidad pública competente³³ mediante la correspondiente resolución administrativa.

En la década de los noventa se promulgaron dos leyes más³⁴ hasta llegar a la vigente Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor³⁵, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LOPJM), la cual aborda una reforma en profundidad de las tradicionales instituciones de protección del menor reguladas en el Código Civil, constituyendo un amplio marco jurídico de protección que vincula a todos los Poderes Públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general³⁶.

Por último, en 2015 se publican tres leyes que afectan a la protección jurídica del menor; la primera en entrar en vigor es la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, regula en su capítulo IV diferentes cuestiones sobre la tutela, la curatela y la guarda de hecho, concretamente para esta última, el procedimiento de control judicial del guardador de hecho (cfr. art. 52 LJV).

Actualmente, con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, junto con la ya existente LPJM, sigue vigente aunque se ha modificado y es todavía el máximo exponente, se ha constituido un marco regulador que garantiza a los menores una protección uniforme en todo el territorio del Estado, y ha servido de

³² En estos términos se refiere la Exposición de Motivos de la LOPJM

³³ Señala DE PABLO CONTRERAS a este respecto, (*op. cit.*, nota 3) págs. 537 y ss., la inapropiada manera de abordar este asunto por parte del legislador al reinventar una competencia exclusiva estatal para poder regular en este tema, con la consiguiente invasión de competencias autonómicas, calificando forzosamente como institución civil algo (la tutela de la administración) que mantiene naturaleza administrativa y opera conforme a derecho administrativo haciéndola, además, compatible con la patria potestad y la tutela. La LPJM confirma la inserción en el CC de la actuación de las AAPP en la adopción de medidas de protección de los menores, pero adecuando su régimen al OJ civil y se precisó por el legislador que la resolución administrativa por la cual la entidad pública asume la tutela del menor produce efectos civiles (naturaleza civil de la tutela de las EEPP sobre los menores en situación de desamparo) lo que implica su incompatibilidad con la patria potestad y la tutela (cfr. art. 172.1 *in fine*).

³⁴ Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio, sobre reforma de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores; y la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

³⁵ Deroga el vigente, hasta el momento, TRLPM (1948) y resuelve bastantes de las deficiencias tanto técnicas como constitucionales de la Ley 21/1987, no puedo evitar mencionar la explicación del profesor PÉREZ ALVAREZ en “Capítulo 17: el sistema público de protección de menores e incapaces”. En *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Madrid, 2016, págs. 440 y ss. en la que diferencia la situación de riesgo (cfr. art. 17.1 LOPJM) y la situación de desamparo (cfr. art. 172.1 CC) exponiendo, además, temporalmente ambas resoluciones administrativas y la tutela administrativa asignada exclusivamente a organismos públicos (cfr. arts. 172.1 y 239 CC y art. 12 LOPJM). Finalmente, cabe añadir que la LOPJM ha sido modificada en dos ocasiones; una primera en 2007, por la Ley 54/2007, de 28 de diciembre, sobre adopción internacional y, otra en 2015, por la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia

³⁶ Así lo recoge la Exposición de Motivos de la LOPJM

referencia a la legislación que las Comunidades Autónomas han ido aprobando de acuerdo con su competencia en materia de asistencia social, servicios sociales y protección pública de menores.³⁷ Aunque ambas leyes modifican un buen número de textos legales cabe destacar de la L.O. 8/2015: La definición del principio del interés superior del menor (cfr. art. 2 LPJM) desde un contenido triple, como derecho sustantivo, como norma de procedimiento y como carácter interpretativo así lo manifiesta LOPEZ NAVARRO³⁸; también, como indica MORENO-TORRES SANCHEZ³⁹, el reforzamiento de la tutela judicial efectiva de los menores introduciendo la posibilidad de solicitar asistencia legal y nombramiento de un defensor judicial, y se lleva a cabo una modificación terminológica: se sustituye el término de deficiencia por el de discapacidad y el término juicio por el de madurez. Respecto de la Ley 26/2015 será objeto de estudio en lo que corresponde más tarde.

Como manifiesta la Exposición de Motivos de la LOPJM la “ (...) *preocupación por dotar al menor de un adecuado marco jurídico de protección trasciende también de diversos Tratados Internacionales ratificados (...) por España y, muy especialmente, de la Convención de Derechos del Niño, de Naciones Unidas, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por España el 30 de noviembre de 1990, que marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el menor, basada en un mayor reconocimiento del papel que éste desempeña en la sociedad y en la exigencia de un mayor protagonismo para el mismo. Esta necesidad ha sido compartida por otras instancias internacionales, como el Parlamento Europeo que, a través de la Resolución A 3-0172/92, aprobó la Carta Europea de los Derechos del Niño.*”.

En relación con los discapacitados, de notoria relevancia es la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad. En efecto, en ella se regula, como objetivo preponderante, el patrimonio protegido de las personas con discapacidad⁴⁰ y se amplía el ámbito de la tutela administrativa⁴¹ haciéndose referible, en determinadas circunstancias, a las “personas con la capacidad modificada judicialmente” (cfr. art. 239 bis, párr.. 2º CC). También, conviene apuntar la existencia de la ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia que, si bien no afecta al derecho civil⁴², que crea el derecho de las personas en situación de dependencia a unas prestaciones públicas. Para terminar, al igual que ocurre con los menores, la protección de los discapacitados trasciende a niveles internacionales representado por la Convención sobre los derechos de las personas con

³⁷ Esta idea se desprende de la Exposición de Motivos de la Ley 8/2015

³⁸ En artículo de internet “Resumen de las dos leyes de menores” en www.notariosyregistradores.com, 27/08/2015.

³⁹ En “Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia” en *Guía para profesionales y agentes sociales*, Málaga, 2015.

⁴⁰ En la que se regula tanto la constitución como la administración, supervisión y extinción del mismo, además de su relación con el régimen jurídico de la patria potestad y de la tutela, como explica PÉREZ ÁLVAREZ en “Capítulo 16: La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados”. En *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Madrid, 2016, págs. 431 y ss.

⁴¹ Como pone de manifiesto PÉREZ ÁLVAREZ en “Capítulo 15: La protección de los menores e incapacitados, en general. La Patria Potestad” en *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Madrid, 2016, págs. 379 y ss.

⁴² Así lo pone de manifiesto DE PABLO CONTRERAS (*op. cit.*, nota 3) págs. 560 y ss.

discapacidad y su Protocolo Facultativo fueron aprobados el 13 de diciembre de 2006 en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York.

1.3 LA PATRIA POTESTAD⁴³

Con el fundamento constitucional y la evolución legislativa expuestos, como dispone MARTÍNEZ DE AGUIRRE⁴⁴, en el ámbito del Código Civil la protección de los menores, sean estos incapacitados o no, se lleva a cabo, de entrada, por medio de la patria potestad, que corresponde a los progenitores respecto de sus hijos no emancipados (cfr. art. 154 CC), a lo que añade PÉREZ ALVAREZ⁴⁵, ello procede de la existencia de un vínculo de filiación ya sea este por naturaleza o adopción establecida legalmente. Por su parte, SEISDEDOS MUIÑO expone, la definición en el Derecho moderno “*conjunto de derechos que la ley atribuye a los padres sobre la persona y el patrimonio de sus hijos menores no emancipados, para facilitar el cumplimiento de los deberes de mantenimiento y educación que pesan sobre ellos*”⁴⁶.

Esencialmente, el régimen vigente⁴⁷ de la patria potestad procede de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, sin embargo, indica PÉREZ ALVAREZ⁴⁸, un buen grueso de los artículos que integran el régimen jurídico de la patria potestad ha sido objeto de reformas parciales posteriores a la ley del 81.

En suma, la patria potestad se encuentra regulada en los capítulos I a IV del título VIII “de las relaciones paterno-filiales”, Libro I del CC (arts. 154 a 171). Del régimen jurídico que emanada de dichos artículos se puede desprender las siguientes ideas:

La titularidad de los progenitores (cfr. art. 145 CC) puede ejercitarse, como regla general, conjuntamente (cfr. art. 156, párr. 1º CC), pero también de manera individual (cfr. art. 156, párr. 4º CC) y aun cuando los progenitores no convivan (cfr. arts. 156, párr. 5º y 159 CC)⁴⁹. Además, la mencionada titularidad alcanza⁵⁰ tanto a la

⁴³ Para el estudio de la patria potestad, además del CC, he seguido a YZQUIERDO TOLSADA en “Capítulo 42: La Patria Potestad”, en *Tratado de Derecho de Familia*. Volumen VI: *Las relaciones paterno-filiales*, II (2ª edición), Madrid, 2017, págs. 51 y ss.; a SEISDEDOS MUIÑO en “Capítulo IX: La Patria Potestad”, en *Manual de Derecho Civil*. Volumen I: *Introducción y derecho de la persona* (3ª edición), Madrid-Barcelona, 2001, págs. 213 y ss.; a SANCHO REBULLIDA en “Capítulo X: La Patria Potestad”, en *Elementos de Derecho Civil*. Volumen IV: *Familia*, Madrid, 2010, págs. 387 y ss.; Y a PÉREZ ALVAREZ (*op. cit.*, nota 40)

⁴⁴ En “Capítulo 15: La protección de los menores e incapacitados, en general. La Patria Potestad” en *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Madrid, 2016, págs. 377 y ss.

⁴⁵ En “Capítulo 15: La protección de los menores e incapacitados, en general. La Patria Potestad” en *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Madrid, 2016, págs. 380 y ss.

⁴⁶ Junto con la definición expresamente alude al doble aspecto de deberes y poderes de los padres pg. 213

⁴⁷ Señala SANCHO REBULLIDA que en el Derecho romano arcaico la patria potestad era el eje del Derecho de Familia pg. 387.

⁴⁸ (*Vid.* nota 27)

⁴⁹ La regla del primer artículo regula el pacto entre cónyuges otorgándose la patria potestad a aquel con el que el hijo conviva, por su parte, el segundo artículo regula la decisión del juez determinado el cuidado del hijo a uno de los progenitores; a este respecto PÉREZ ÁLVAREZ (págs. 390 y ss.) apunta que éste se aplica en caso de no poder aplicarse aquel, aboga YZQUIERDO TOLSADA por la unión en una sola norma de lo regulado en ambos preceptos (pg. 96)

⁵⁰ Es cierto y necesario apuntar que la representación posee excepciones y la administración deficiente del patrimonio del hijo por parte de los progenitores habilita al juez para adoptar las medidas necesarias para proteger los bienes del hijo.

representación legal de los hijos (cfr. art. 162 CC), como a la administración de sus bienes (cfr. art. 154.2º CC).

Atendiendo al contenido de la patria potestad, el artículo 154 CC regula los deberes y facultades de los progenitores y, como contraparte, el artículo 155 CC regula los deberes de los hijos.

Conviene hacer dos apreciaciones de las relaciones familiares conforme a la patria potestad: la primera la regula el apartado primero del artículo 160 CC, según el cual *“los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la Entidad Pública en los casos establecidos en el artículo 161(...)”*; y por su parte, el segundo apartado del artículo 160 CC establece que *“no podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.”*

En la terminación de la patria potestad hay que atender al artículo 169 CC que regula sus tres causas de extinción y, apuntar, la posibilidad de privación, total o parcial y por sentencia, de la patria potestad a la que hace alusión el artículo 170 CC.

Para terminar, es necesario mencionar la posible prórroga o rehabilitación de la patria potestad que regula el artículo 171 CC para los supuestos de hijos mayores de edad incapacitados.

2. INSTITUCIONES TUTELARES

Son una serie de instituciones jurídicas de carácter subsidiario⁵¹ que cubren la necesidad de guarda y protección de menores o incapacitados no sometidos a patria potestad. Bajo esta denominación⁵² encontramos la tutela, la curatela y el defensor judicial.

2.1 RÉGIMEN JURÍDICO GENERAL

El régimen vigente relativo a las instituciones tutelares procede de la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela que, a su vez, ha sido modificado⁵³ por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, en la que, dejando a un lado la tutela administrativa y el patrimonio protegido de las personas con discapacidad tratados más arriba, destaca la introducción de la autotutela⁵⁴.

⁵¹ PÉREZ ÁLVAREZ en “Capítulo 16: La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados”. En *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Madrid, 2016, págs. 407 y ss.; Acompaña GIL RODRIGUEZ subrayando el carácter primordial de la patria potestad.

⁵² También nos podemos referir a ellas como *“Instituciones tuitivas”* o *“Instituciones de guarda y protección”* como a este respecto manifiestan profesores como GIL RODRIGUEZ y SANCHO REBULLIDA

⁵³ También las instituciones tutelares han sido objeto de reformas puntuales en varias ocasiones: En el año 1987 (Ley 21/1987), en el año 1996 (LO 1/1996) y en el año 2000 (Ley 1/2000). Además, en 2015 dos leyes (Ley 15/2015 y Ley 26/2015) modificaron el CC en aspectos concretos que influyen en la protección de aquellos que carecen de autogobierno, pero no han variado el sistema existente.

⁵⁴ Expuesto y regulado en la Ley 41/2003 (cfr. Exposición de motivos apartado VI y art. 9) y en el CC (art. 223 párr. 2)

Actualmente, las mencionadas instituciones se encuentran reguladas en los capítulos I a V del título X “De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados”, Libro I del CC. Como punto de partida expone el artículo 215 CC “*La guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados se realizará, en los casos que proceda, mediante: 1. La tutela. 2. La curatela. 3. El defensor judicial.*”. Agrega el artículo 299 bis CC la encomienda, en determinados supuestos, al Ministerio Fiscal, de la representación y defensa de la persona que, eventualmente, deba ser sometida a tutela o curatela; y la de sus bienes, a un defensor judicial que los administre.

2.2 PRINCIPIOS BÁSICOS Y PRINCIPIOS INFORMADORES

Expresa PÉREZ ÁLVAREZ⁵⁵, el sistema tutelar se asienta en dos principios básicos: el primero, la sustitución del modelo de tutela familiar⁵⁶ por el sistema de tutela de autoridad, lo que tiene como consecuencia sujetar las instituciones tutelares a la autoridad judicial, quien las constituye y controla; el segundo, la superación de la concepción unitaria de guarda⁵⁷ alcanzando un sistema de pluralidad de guarda legal, incluyendo como instituciones tutelares, aparte de la tutela, otras como la curatela y la figura del defensor judicial.

Extrae GIL RODRÍGUEZ del artículo 216 CC –según el cual “*las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial*”– la naturaleza altruista (doble, ya que es a la vez función y deber) de la labor de protección y los principios informadores de las instituciones tuitivas destacando, el superior beneficio del menor o incapacitado y la sujeción directa al juez de las personas que ocupan la mencionada labor.

2.3 LA TUTELA⁵⁸

La tutela es el régimen más completo de los sistemas de guarda y protección que contempla nuestro ordenamiento a la hora de cumplir la función genérica de suplir la patria potestad. Se caracteriza por ser un órgano estable y de actuación habitual cuya finalidad es la guarda, protección y representación legal de la ausencia de capacidad de obrar del tutelado, que persiste hasta que éste alcanza la capacidad de autogobierno.

Las personas sujetas a tutela se mencionan en el artículo 222 del CC siendo estas “(...) 1.º *Los menores no emancipados que no estén bajo la patria potestad.* 2.º *Los incapacitados, cuando la sentencia lo haya establecido.* 3.º *Los sujetos a la patria potestad prorrogada, al cesar ésta, salvo que proceda la curatela.* 4.º *Los menores que se hallen en situación de desamparo.*”.

⁵⁵ (Vid. nota 49)

⁵⁶ Anterior a la reforma de 1983 la tutela se ejercía bajo la vigilancia de un protutor y de un consejo de familia.

⁵⁷ Igualmente, en el régimen anterior a 1983 solo se preveía la tutela como forma de guarda.

⁵⁸ Para el estudio de la tutela, además del CC, he seguido a PARRA LUCÁN en “Capítulo 43: Instituciones de guarda (1). La tutela”, en *Tratado de Derecho de Familia*. Volumen VI: *Las relaciones paterno-filiales*, II (2ª edición), Madrid, 2017, págs. 202 y ss.; a GIL RODRÍGUEZ en “Capítulo X: Las Instituciones Tuitivas”, en *Manual de Derecho Civil*. Volumen I: *Introducción y derecho de la persona* (3ª edición), Madrid-Barcelona, 2001, págs. 237 y ss.; a SANCHO REBULLIDA en “Capítulo XI: La guarda de los menores e incapacitados”, en *Elementos de Derecho Civil*. Volumen IV: *Familia*, Madrid, 2010, págs. 422 y ss.; Y a PÉREZ ALVAREZ (Vid. nota 49)

Por su parte, el régimen jurídico que afecta al tutor se rige por las siguientes reglas: Compete al juez tanto la constitución de la tutela (cfr. art. 231 CC) como el nombramiento del tutor, teniendo en cuenta que éste: debe de tener la capacidad correspondiente (cfr. arts. 241 y 242 CC) y no debe estar incurso en causas de inhabilitación (cfr. arts. 243 y 244 CC); recoge el artículo 234 CC un listado para elegir de manera preferente al tutor. Aun lo expuesto, el tutor puede excusar del cargo ya que, como expone el artículo 216 *“las funciones tutelares constituyen un deber (...)”* aunque solo podrá hacerlo en los supuestos legalmente previstos (cfr. arts. 217 y 251 a 258 CC) pero también puede ser removido, mediante resolución judicial, cuando concurren alguna de las circunstancias previstas en el CC (cfr. arts. 247 y 248). También tipifica el CC, supuestos concretos de responsabilidad del tutor (cfr. arts. 229, 256, 260 y ss.).

Respecto del contenido de la tutela puede ser, tanto personal, es decir, lo referente a las relaciones personales tutor-tutelado (cfr. arts. 268 y 269) como patrimonial, es decir, la administración de los bienes del tutelado por el tutor (cfr. art. 270). Conforme al ejercicio conviene resaltar que éste puede ser tanto individual (uno solo tutor lleva a cabo las funciones tutelares) como conjunto (varios tutores lleven a cabo las funciones tutelares ya sea de forma independiente o conjunta), además, para llevar a cabo determinadas actuaciones el tutor necesita autorización judicial (cfr. art. 271 CC). Por último, el mencionado ejercicio de la tutela queda sujeto a vigilancia del Ministerio Fiscal (cfr. art. 232 CC).

Finalmente, se contemplan en el CC las causas de extinción de la tutela (cfr. art. 276 y 277 CC) y, para terminar, el tutor, además de estar obligado a rendir cuentas de su administración al juez anualmente, dispone el artículo 279 CC que *“El tutor al cesar en sus funciones deberá rendir la cuenta general justificada de su administración ante la Autoridad judicial en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa.”*.

2.4 LA CURATELA⁵⁹

Es una institución de guarda de carácter estable/permanente, pero de actuación no habitual, que tiene por objeto la asistencia a la capacidad limitada de quien, poseyéndola legalmente, necesita para determinados actos de esa adición (cfr. art. 289 CC). Así las cosas, tal órgano no se instrumenta para suplir la capacidad de obrar del sometido a ella, como si ocurre con la tutela, sino para completarla en aquellos actos en que la ley exija la intervención del curador o, en su caso, imponga su asistencia la sentencia de incapacitación o la resolución judicial que la modifique, por lo que, normalmente el sometido a curatela actúa por sí solo, salvo para los actos que la ley o la resolución judicial exijan además la intervención del curador (SANCHO REBULLIDA). En estos mismos términos se refiere el Tribunal Supremo en STS. 31 diciembre de 1991⁶⁰: *“El curador no supe la voluntad del afectado, sino que la refuerza, controla y encauza,*

⁵⁹ Para el estudio de la curatela, además del CC, he seguido a PARRA LUCÁN en “Capítulo 44: Instituciones de guarda (2). La curatela y el defensor judicial”, en *Tratado de Derecho de Familia*. Volumen VI: *Las relaciones paterno-filiales*, II (2ª edición), Madrid, 2017, págs. 465 y ss.; a GIL RODRÍGUEZ en “Capítulo X: Las Instituciones Tutivas”, en *Manual de Derecho Civil*. Volumen I: *Introducción y derecho de la persona* (3ª edición), Madrid-Barcelona, 2001, págs. 253 y ss.; a SANCHO REBULLIDA en “Capítulo XI: La guarda de los menores e incapacitados”, en *Elementos de Derecho Civil*. Volumen IV: *Familia*, Madrid, 2010, págs. 444 y ss.; Y a PÉREZ ALVAREZ (Vid. nota 49).

⁶⁰ STS 7348/1991 - ECLI: ES:TS:1991:7348 y STS 16390/1991 - ECLI: ES:TS:1991:16390

complementando su deficiente capacidad, por lo que su función no viene a ser de representación, sino más bien de asistencia y protección” (Fundamento de Derecho SEGUNDO).

De manera general, la curatela consiste siempre en la asistencia puntual a determinadas acciones del curatelado, pero éste puede ser de varias clases, lo que lleva a diversificar su alcance atendiendo a las necesidades concretas del beneficiario; distingue el código entre: la curatela de emancipados, la curatela de los que obtuvieren el beneficio de la mayoría de edad, la curatela de los declarados pródigos (cfr. arts. 286 y 287 CC).

Por último, lo referente al curador se resume en las siguientes reglas: Se establece, en el apartado primero del artículo 291 CC, una remisión a lo dispuesto sobre el nombramiento, inhabilitación, excusa y remoción de tutores (cfr. arts. 243 y ss., 247 y ss., 251 y ss., CC) y, añade en su párrafo segundo, la imposibilidad de ser curadores de los quebrados y concursados no rehabilitados⁶¹. Añade el artículo 292 CC, desempeñará el cargo de curador el mismo que hubiera sido tutor, a menos que el juez disponga otra cosa. Finalmente, el artículo 293 decreta la anulabilidad de los actos jurídicos realizados sin la intervención del curado cuando ésta hubiera sido preceptiva.

2.5 EL DEFENSOR JUDICIAL⁶²

Declara el Tribunal Supremo, en STS. 4 marzo 2003⁶³: “*Conforme a lo previsto en el artículo 299 del Código Civil, el defensor judicial es la persona que asume temporalmente⁶⁴ la representación y defensa de los intereses de los menores de edad, o de los incapacitados cuando la persona que legalmente debe hacerlo, padres, tutores o curadores, no lo hacen; se trata de un cargo judicial porque es necesaria una resolución judicial que acuerde su nombramiento; cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido y cuando actúa judicialmente debe probar que lo hace así (SSTS de 10 de marzo de 1994 y 7 de noviembre de 2002)*” (Fundamento de derecho SEGUNDO).

⁶¹ Indica GIL RODRÍGUEZ a este respecto la reiteración que supone este segundo párrafo al ya contemplarse en el artículo 244.5º CC, referente a la tutela, a la cual primeramente ya se ha remitido.

⁶² Para el estudio del defensor judicial, además del CC, he seguido a PARRA LUCÁN en “Capítulo 44: Instituciones de guarda (2). La curatela y el defensor judicial”, en *Tratado de Derecho de Familia*. Volumen VI: *Las relaciones paterno-filiales*, II (2ª edición), Madrid, 2017, págs. 491 y ss.; a GIL RODRÍGUEZ en “Capítulo X: Las Instituciones Tutivas”, en *Manual de Derecho Civil*. Volumen I: *Introducción y derecho de la persona* (3ª edición), Madrid-Barcelona, 2001, págs. 254 y ss.; a SANCHO REBULLIDA en “Capítulo XI: La guarda de los menores e incapacitados”, en *Elementos de Derecho Civil*. Volumen IV: *Familia*, Madrid, 2010, págs. 446 y ss.; a PÉREZ ALVAREZ (Vid. nota 49); Y la jurisprudencia del TS

⁶³ STS 1472/2003 - ECLI: ES:TS:2003:1472

⁶⁴ A este carácter temporal hacen referencia: PÉREZ ÁLVAREZ “*carece de carácter permanente*” pg. 409 y “*de carácter eventual y ocasional*” pg. 427; PARRA LUCÁN “*notas de transitoriedad y subsidiariedad que inspiran el régimen de esta institución de guarda*” pg. 492; GIL RODRÍGUEZ “*idea de transitoriedad*” pg. 254; Y SANCHO REBULLIDA “*órgano caduco de actuación intermitente, no es habitual ni estable*” pg. 419.

3. EVOLUCIÓN DE LA GUARDA DE HECHO

3.1 Orígenes: El Derecho Romano y la primera redacción del Código Civil

“La institución de la guarda de hecho es tan antigua como el hombre pues en todo tiempo han existido personas desvalidas que han sido cuidadas y amparadas por otras de modo espontáneo y natural, sin haber sido formalmente investidas de la condición de tutor” (SANTOS URBANEJA⁶⁵).

A. Derecho Romano: La tutela de hecho era ya una realidad contemplada en el Derecho romano, en su vida jurídica, hasta el punto, como indica ORTEGA PARDO⁶⁶, de llegar a convertirse en un fenómeno corriente al que se le aparejaban consecuencias, efectos... por el derecho. Pone de relieve ORTEGA⁶⁷ que en ese tiempo existían tres modos de referirse a la tutela: Tutela testamentaria, legítima y oficial, en los que se podían dar circunstancias que condujeran a la tutela de hecho.

Y sigue, con la manera en la que se denominaba a las personas que se les designaba realizar actos propios de un tutor sin serlo, distinguiendo los siguientes términos empleados: “*qui pro tutore negotia gessit*”, “*falsus tutor*” y “*qui tutor non fuerit*”, entiende ORTEGA PARDO que una persona obra *pro tutore* cuando, sin ser realmente tutor, asume la administración de los asuntos del impúber siendo constreñido por el pretor o el presidente; y ello lo completa ESCOBAR⁶⁸ exponiendo la diferencia entre la figura del *protutor*⁶⁹ con la del *falsus tutor*, que, por un lado, algunos romanistas ven en ambas figuras un mismo hecho, la gestión del patrimonio de un menor por quien no es tutor, pero diferenciando que la figura del *protutor* se empleaba en las relaciones entre el pupilo y quien gestionaba como tutor, y la figura del *falsus tutor* en las relaciones entre quien actuaba como tutor y los terceros que hubieran contratado con el pupilo; pero por otro lado, para otros el *falsus tutor* era aquel que, no siendo tutor, interponía su autoridad y la calificación de *protutor* se reservaba a quien realizaba actos de gestión.

Respecto de las acciones por las que el tutor de hecho respondía frente al impúber, señala BERROCAL LANZAROT⁷⁰, según la época⁷¹, dos: en la época clásica (130 a.C. – 230 d.C.) la *actio tutelae*, de la que señala FUENTESECA DÍAZ⁷²: “se ha creado, sobre el modelo de la *actio tutelae* una especial figura de *actio* contra el que actúa como

⁶⁵ En *La Guarda de hecho*, Córdoba, 2004.

⁶⁶ En “La tutela de hecho”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año XCII, 1947, págs. 81 a 91.

⁶⁷ Dice ORTEGA: los dos primeros modos fueron igualmente antiguos y el tercero del siglo II a.c. *op. cit.*, págs., 83-84

⁶⁸ En “La tutela”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1943, págs. 247-248

⁶⁹ Señala ORTEGA PARDO que la figura del *protutor* actual no es la misma que la de la época romana, sino que la actual proviene del Derecho consuetudinario francés, en el que se creó este cargo para defender/proteger los intereses del menor cuando se contrapusieran a los del tutor y se denominó *subrogé tuteur* dicha institución se recoge en el Código de Napoleón con el mismo nombre, reservando la figura del *protutor* para la persona que administre los bienes de su pupilo en el extranjero, sin embargo, la figura del *subroge tuteur* fue recogida por la mayoría de los códigos europeos, entre ellos el español, con la definición de *protutor*.

⁷⁰ En “Aproximación a la institución de la guarda de hecho” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º. 722, págs. 2839 a 2993

⁷¹ Entiende ORTEGA PARDO, por su parte, que en la práctica ambas acciones llegaron a confundirse. También señala que dichas acciones eran propuestas por el pretor.

⁷² En *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1978, pág. 412.

tutor sin serlo, el cual aparece cualificado como protutor”; y, en la época postclásica (230 d.C. – 530 d.C.) la *actio protutela*, de la que señala BERROCAL LANZAROT “afectaba a quien se comportaba como tutor sin serlo en realidad”.

Señala ROGEL VIDE⁷³: “el pupilo, además de la posibilidad de alegar la nulidad, tenía contra el protutor en el derecho clásico la *actio negotiorum gestorum*, que asume en el derecho justiniano la figura de una *utilis actio protutela*, acción en todo y por todo analógica a la *actio tutelae*” añadiendo que, el protutor a la inversa “disponía, tan sólo, del *contrarium iudicium negotiorum gestorum*, que, en el derecho justiniano, asume implícitamente la figura de un *contrarium iudicium tutelae*”.

Por último, en la misma línea de lo tratado, manifiesta ESCOBAR: “El Derecho romano, en el último periodo de su evolución, asimiló el tutor de hecho a un verdadero tutor, desde cuantos puntos de vista favorecieran al menor, pero le negaba el beneficio de las medidas dictadas en favor del tutor”.

B. Codificación: El siguiente momento relevante en el estudio de la evolución de la guarda de hecho es la codificación en el siglo XIX donde, como es sabido, el punto de partida es el Código civil Francés (también llamado Código Napoleónico o Código de Napoleón⁷⁴, en adelante CCF) de 1804, en él se regula, en el artículo 395 del CCF, el ejercicio de las funciones de tutor por quien carece de la potestad legal correspondiente. Como explica RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO⁷⁵, el mencionado régimen puede resumirse destacando las siguientes ideas: Primera, se le aplica a la figura del tutor de hecho, que carece de potestad legal, las obligaciones propias del tutor, lo que es más beneficioso tanto para el susceptible de ser sometido a tutela como para el tutor de hecho que las otras alternativas que podrían cubrir esta realidad, la gestión de negocios ajenos (arts. 1372 a 1375 del CCF) y el mandato (art. 1372 pár. 2º CCF), dado que, el primero, necesita de la protección del ordenamiento jurídico y, al segundo, no hay razón para someterlo a un régimen más estricto que el del tutor que ejerce con título suficiente. Segunda, se establece la ineficacia de lo actuado, salvo los actos estrictamente conservativos del patrimonio del afectado. Tercera, y última, proponía la doctrina francesa, la exclusión de varios supuestos que consideraban no merecedores de tal protección, como la tutela irregularmente constituida o el tutor que continúa con sus funciones después de la desaparición de la incapacitación o minoría de edad, entre otros, debiéndoseles aplicar las normas de la gestión de negocios ajenos o el mandato, aunque, la jurisprudencia no seguía con claridad estos dictados.

C. El Derecho Español y la redacción originaria del CC: En el Derecho Español, la redacción originaria del CC mantiene silencio sobre esa figura en la regulación de la tutela.

Encontramos la primera referencia a la misma en el artículo 173, en la modificación de su contenido por la Ley 7/1970, de 4 de julio, de modificación del capítulo V del título

⁷³ En *La Guarda de hecho*, Madrid, 1986, pág. 67; el cual a su vez hace eco de las ideas destacadas por BONFANTE en *Corso di Diritto Romano, I, Diritto di Famiglia*, Milán, 1963, pág. 642.

⁷⁴ Para leer y estudiar el Código Civil francés he utilizado una traducción al castellano: *Código de Napoleón con las variaciones adoptadas por el cuero legislativo el día 3 de diciembre de 1807*, Madrid, MDCCCIX, En la imprenta de la hija de Ibarra.

⁷⁵ En *La guarda de hecho, personas mayores. Vida independiente y soluciones jurídicas*, Las Palmas de Gran Canaria, 8 y 9 de octubre de 2009, Fundación Aequitas.

VII del libro I del Código Civil, sobre adopción, que contenía la referencia “(...) *la persona que estuviere ejerciendo la guarda del adoptado*” sin más especificaciones respecto de las características de dicha guarda salvo el hecho de que el guardador, si existiese, debía ser oído en la adopción.

Como pone de manifiesto ROGEL VIDE⁷⁶ el Código Penal (en adelante, CP), por el contrario, se refiere de manera específica e identifica figuras similares o idénticas a la guarda de hecho, en los artículos 439, 443, 446, 485, 486, 489, 497 y 584, tales como “guardador de hecho”, “guardadores”, “encargados de su persona”, “teniendo a su cargo la crianza o educación del menor” “quien haga sus veces” “de hecho autoridad familiar o ético-social”; las mencionadas referencias aparecen en el CP de 1944⁷⁷ influenciado, en cierta manera, por el movimiento en torno a los Tribunales Tutelares de Menores que, en menor medida, hacen referencia a la figura, aparejándole consecuencias jurídicas diversas de la misma como se puede apreciar en los artículos 17, 18, 24 y 25 del TRLTMM⁷⁸.

Ante esta paradoja responde ROGEL VIDE “Es curioso la disociación, incluso la contradicción posible, entre el Código penal, que admite la guarda de hecho, y el Código civil, que no solo guarda silencio al respecto, sino que, a mayor abundamiento, fija con rigor las formalidades requeridas para las instituciones tutelares previstas en el mismo”.

Es, por lo expuesto, que en la doctrina se hablaba de “tutela de hecho”: DÍEZ-PICAZO⁷⁹ consideraba que existía tal figura cuando una persona ejercía las funciones de tutor sin tener derecho a ello; o, ORTEGA PARDO⁸⁰, que entiende por tutela de hecho el ejercicio de la tutela, en sus características de generalidad y permanencia, pero llevado a cabo por una persona⁸¹ que no tiene legítimamente la cualidad de tutor, optando por aplicarle las normas propias de la tutela regular.

Otros autores como DE BUEN⁸², CASTAN VAZQUEZ⁸³ o CANO⁸⁴, sobre todo antes de 1983, negaban autonomía a la guarda de hecho por dos razones: La primera, la falta

⁷⁶ *op. cit.*, págs. 14 y ss.

⁷⁷ DECRETO de 23 de diciembre de 1944 por el que se «prueba y promulga el «Código Penal, texto refundido de 1944», según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944

⁷⁸ Indica ROGEL VIDE (*op. cit.*, nota 76) que, aunque no se refieren de manera expresa a la guarda de hecho contemplan la posibilidad de que tales Tribunales suspendan el derecho de los padres o tutores a la guarda y educación de los menores siendo éstos confiados a la correspondiente Junta de protección de menores o a una familia, sociedad tutelar o establecimiento; haciendo referencia a varios tipos de guardadores, distintos de los padres y del tutor, aunque no sean propiamente de hecho.

⁷⁹ En “Notas sobre la institución tutelar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1973, pag.1386; “El interés de la noción de tutela de hecho, tal y como se la concibe, consiste en permitir al menor beneficiarse de las ventajas de una tutela regular, evitando que jueguen los principios menos ventajosos para él, de la gestión de negocios o del mandato, sin tener, por otra parte, que sufrir los efectos de la gestión del tutor de hecho”

⁸⁰ En “La tutela de hecho”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año XCII, 1947, pag.81 y ss.

⁸¹ Apunta a este respecto ORTEGA PARDO la diferencia de este tutor de hecho con la persona que administra, de hecho, un solo asunto del pupilo, lo que considera gestión de negocios ajenos.

⁸² En *Curso elemental de Derecho civil*, t. II, Madrid, 1923, pág. 198: “la tutela de hecho no debe considerarse como tutela propiamente dicha, sino como gestión de negocios ajenos o como mandato, según concurran las circunstancias de una u otra institución”

⁸³ En “La llamada patria potestad de hecho”, *Revista de Derecho Privado*, 1978, pág. 843.

de una referencia específica en el CC y, la segunda, por su identidad con figuras como la gestión de negocios ajenos⁸⁵ o el mandato a las cuales asimilaban.

3.2 Introducción de la guarda de hecho en el Código Civil de 1983

A. Estado de la cuestión en 1977: En 1977, bajo la dirección de DÍEZ-PICAZO, los profesores BERCOVITZ, ROGEL VIDE, CABANILLAS y CAFFARENA redactaron el *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*⁸⁶, en el cual se encuadraba, en las disposiciones generales del Título X, a la guarda de hecho dentro de las instituciones tutelares y, el Capítulo VI del Título X, se dedicaba a la guarda de hecho (arts. 307 a 313). El artículo 307 exponía: “*quién careciendo de potestad legal sobre un menor o persona incapacitada o susceptible de serlo, ejerciera respecto de ellos, algunas de las funciones propias de las instituciones tutelares, o se hubiese encargado de su custodia o protección o de la administración de su patrimonio y gestión de sus intereses quedará por este hecho sometido a las obligaciones y deberes que la ley impone a los tutores*”; a lo que el artículo 312 añade “*tan pronto como la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho, deberá de oficio requerirle para que rinda cuentas generales de su actuación en orden a la persona y bienes del tutelado, así como proceder a la constitución de la correspondiente institución tutelar, de acuerdo con las normas de este Código*”. De la referencia expresa a la guarda de hecho en el *Estudio* DÍEZ-PICAZO, y otros, ponen de manifiesto la importancia de este capítulo destacando que la gran mayoría de casos de protección de menores sin padres o de personas susceptibles de incapacitación eran desempeñados de hecho por personas que no tienen la condición de tutor y, reiteran, que hasta la fecha el derecho ignoraba tal situación, mientras que gran parte de la doctrina la asimilaba a la gestión de negocios ajenos.

En este *Estudio*, se inspiraron, como señala expresamente SANCHO REBULLIDA⁸⁷, con carácter general y entre otros, los trabajos que llevaron a cabo la Comisión de

⁸⁴ En *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, Madrid, 1984, págs. 142 y 143; Incluso después de la reforma del año 1983 seguía, CANO, reconduciendo a la gestión de negocios ajenos buen número de los supuestos encuadrados en la guarda de hecho.

⁸⁵ Explica detalladamente ROGEL VIDE las diferencias existentes entre la gestión de negocios ajenos y la guarda de hecho: Mientras que la primera: Requiere de la licitud del acto de inmisión; implica la falta de toda obligación; normalmente es provisional y para asuntos concretos; se refiere a la esfera patrimonial del dueño de los bienes, lo que implica la existencia de un patrimonio. La segunda, por su parte, puede desempeñarse con fines ilícitos; normalmente los guardadores de hecho poseerán determinadas obligaciones; está dotada de un carácter de generalidad y permanencia (en este sentido, se refiere que tendrá que tratar más que un solo asunto concreto); abarca tanto la esfera personal como la patrimonial; implica, preferentemente, la atención, cuidado y guarda del tutelado. *op. cit.*, 74-78.

⁸⁶ Patrocinado por la Dirección General de Servicios Sociales y la Fundación General Mediterránea.

⁸⁷ En “Tutela e Instituciones afines” de la obra *El nuevo régimen de la familia* vol. III de LACRUZ BERDEJO y otros, Madrid, 1984, pág. 46: “Es en esta suerte de anteproyecto privado en el que se inspira el Proyecto de Ley que el gobierno acordó someter a las Cortes Generales en 8 de mayo de 1981 (Proyecto del Gobierno de UCD de 1981 el cual dedicaba a la guarda de hecho dos artículos el 303 y el 304 de contenido esencialmente idéntico a los que posteriormente se materializan); y, como el nuevo proyecto elaborado y remitido a las Cortes en enero de 1983 (...), no difiere sustancialmente del anterior, bien puede considerarse aquel anteproyecto privado como el origen y la fuente inspiradora de la Ley de 24 de octubre de 1983”

Codificación⁸⁸ con el objetivo de reformar los títulos IX y X del Libro I del CC, materializado en la Ley 13/1983, de 24 de octubre.

B. Año 1983: Por fin con la Ley 13/1983, de 24 de octubre, se introduce en el CC la guarda de hecho, aunque, el artículo 215 del CC⁸⁹ obvia cualquier mención a la misma en la enumeración de las instituciones de guarda de menores e incapacitados. Sin embargo, el capítulo V destinado a la guarda de hecho la regula en tres⁹⁰ artículos (arts. 303, 304 y 306)⁹¹.

Del artículo 303, destaca RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO⁹² su importancia por: Primero, la “desconfianza” que se muestra ante la figura y actitud del guardador “(...) *cuando la autoridad judicial tenga conocimiento de la existencia de un guardador de hecho podrá requerirle para que informe de la situación de la persona y los bienes del menor o del presunto incapaz y de su actuación en relación con los mismos (...)*”. Segundo, se configuró como una medida provisional ya que prioriza: “*Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 203 y 228*”; el artículo 203⁹³ supone personas en situación de incapacidad no declarada y establece el deber de promover la declaración de incapacidad, de las autoridades, funcionarios públicos y la comunicación y relación del Ministerio Fiscal y el Juez. Por su parte, el artículo 228 establece la obligación de fiscales y jueces de promover la tutela, si hay alguna persona que deba ser sometida a la misma⁹⁴. Tercero, y último, se continúa con la posibilidad de regular esta situación, sin llegar a una incapacitación, a través de las medidas de control y vigilancia.

A diferencia de los artículos 304 y 306, éste sí que ha sido modificado y no sigue vigente en su redacción original, como veremos en la última parte de este punto.

Por su parte el artículo 304, actualmente en vigor, recoge: “*Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad*”. Según lo cual se regula la validez de determinados actos del guardador de hecho, estableciendo así una situación de representación⁹⁵. Señala ROGEL VIDE⁹⁶ la coincidencia del contenido del artículo contenido en el Proyecto de 1981 del Gobierno de UCD.

⁸⁸ DÍEZ-PICAZO en “Las Líneas de inspiración de la reforma del Código civil en materia de tutela”, en Familia y Derecho, Madrid, 1984 pág. 253 “La Comisión General de Codificación tomó como base el anteproyecto SEREM” conviene aclarar: anteproyecto SEREM es igual a *Estudio*.

⁸⁹ Incardinado en el Capítulo I “Disposiciones generales” del Título X “De la tutela, la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados”

⁹⁰ Autores como BERROCAL LANZORAT en “La revitalización de la guarda de hecho tras la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia” (I) en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 757, pág. 2847; o RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO (*Vid.* nota 75 pág. 7) consideran escasa.

⁹¹ Señala PÉREZ ALGAR, en “Derecho individuales e incapacitación”, *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, ICAI, Madrid, pág. 65, que el reconocimiento legal ha venido exigido por el gran número de guardadores de hecho que existían en la práctica.

⁹² (*op. cit.*, nota 75)

⁹³ Hoy en día derogado por la Disposición Derogatoria única 2.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero. Apunta DE PABLO CONTRERAS a este respecto que la referencia del artículo 203 ha de entenderse hecha hoy al artículo 757 que lo derogó pero que dispone sustancialmente lo mismo.

⁹⁴ (*Vid.* nota 74) “se recalca el carácter provisional de la situación de guarda; lo procedente y obligado es privar de capacidad al sujeto (art. 203) y, en su caso nombrarle tutor (228)”

⁹⁵ (*Vid.* nota 74) “regula una situación de representación, entendiendo por tal aquella en virtud de la cual los actos de una persona surten efectos en otra”

⁹⁶ (*op. cit.*, nota 73) págs. 22 y ss.

Es adecuado destacar la existencia, como define ROGEL VIDE del artículo *Non Nato* 305, propuesto en el Proyecto de Ley que remitió a las cortes el Gobierno del PSOE que disponía: “*Se requerirá autorización judicial para que el director de un establecimiento Público encomiende a algún menor o incapacitado que se encuentre bajo su tutela a persona o personas para su guarda de hecho*”; el cual finalmente fue suprimido y no llegó a materializarse.

Por último, el artículo 306, también en vigor, recoge: “*Será aplicable al guardador de hecho lo dispuesto en el artículo 220 respecto del tutor*”. Esto es, lo dispuesto para el tutor en el supuesto de indemnización daños y perjuicios.

Finalmente, como expone DE PABLO CONTRERAS⁹⁷, el objeto de la inclusión de la guarda de hecho en el CC era atender, en interés del menor, del incapacitado o del discapacitado, a situaciones fácticas todavía no resueltas sometiendo las mismas a control judicial. Pretendiendo cerrar así el sistema de atención a los menores y presuntos incapaces atribuyendo al juez la potestad de valorar su efectiva protección a través de la guarda de hecho. Sin embargo, la constitución de la tutela seguía siendo la solución definitiva cuando no hubiera otra o cuando el Ministerio Fiscal y, en último término el juez civil competente, consideraran la guarda de hecho ineficaz.

3.3 La revitalización de la guarda de hecho en 2015

Con la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, que modifica un buen número de textos legales⁹⁸, se establecen una serie de cambios que revitalizan la institución de la guarda de hecho. Destaca predominantemente, respecto de la figura del guardador:

- La posibilidad de otorgarle, cautelar y judicialmente, facultades tutelares durante el tiempo que se mantenga tal situación (cfr. art. 303.1 párr. 2 CC).
- La legitimación para promover la privación o suspensión de la patria potestad, remoción de la tutela o el nombramiento del tutor (cfr. art. 303.2 párr. 2 CC).
Es necesario poner de manifiesto, en relación con lo expuesto, que es totalmente compatible el ejercicio simultáneo⁹⁹ de la patria potestad o de la tutela con la guarda de hecho, tales situaciones se pueden inferir de la posibilidad que se da al guardador para con dichas instituciones, claro está que el guardador no puede utilizar la legitimación que se le otorga de manera arbitraria, sino que deben existir las causas graves por parte del poseedor de la patria potestad o del tutor. Además, por lo recogido en el artículo 239 del CC se abre la posibilidad de que sea el propio guardador el tutor.

De lo expuesto sobre el guardador de hecho apunta MORENO-TORRES SÁNCHEZ¹⁰⁰ la novedad que supone dichas concesiones a la figura, señalando, además, que para

⁹⁷ (*op. cit.*, nota 3) pág. 553

⁹⁸ Entre otros, la Ley 1/1996 (LOPJM) y la Ley 1/2000 (LEC)

⁹⁹ El ejemplo prototípico de esta subsistencia de instituciones es, cuando el poseedor de la patria potestad o el tutor lleva a cabo su trabajo lejos del menor o incapaz durante largos periodos de tiempo, por lo que el guardador se ocupa de la esfera personal del guardado y el poseedor de la patria potestad o de la tutela mantiene el control de la esfera patrimonial.

¹⁰⁰ En *Modificación del Sistema de Protección a la infancia y a la adolescencia, Guía para profesionales y agentes sociales*, Málaga, 2015, págs. 12 y ss.

acordar la privación no hace falta un procedimiento separado, sino que ésta, o la suspensión, se pueden acordar en el mismo procedimiento de tutela. Por último, remarca la importancia de la modificación pues resuelve la controversia que suponía no tener un criterio uniforme en esta materia.

Conviene destacar, también, lo establecido en el artículo 303 para la situación de desamparo, en el que se establecen los supuestos de guarda de hecho que deben motivar la declaración de desamparo “*Procederá la declaración de situación de desamparo de los menores y de las personas con la capacidad modificada judicialmente en situación de guarda de hecho, cuando, además de esta circunstancia, se den los presupuestos objetivos de falta de asistencia contemplados en los artículos 172 (cfr. art. 18.2 LOPJM) y 239 bis.*” A lo que añade, el artículo 239 CC “*1. La tutela de los menores que se encuentren en situación de desamparo corresponderá por ministerio de la ley a la Entidad Pública. 2. No obstante, se procederá al nombramiento de tutor conforme a las reglas ordinarias cuando existan personas que, por sus relaciones con el menor o por otras circunstancias, puedan asumir la tutela en interés de éste.*”.

Así mismo, indica BERROCAL LANZAROT¹⁰¹ de la reforma operada, el establecimiento de una regulación estatal más completa de las situaciones de riesgo (cfr. art. 17 LOPJM reformado) y desamparo, que quedan definidas en una normativa de rango estatal y dejan pues de ser conceptos jurídicos indeterminados.

Finalmente, explica el ámbito subjetivo de aplicación de la guarda de hecho que alcanza a: “Los menores en situación de desamparo o abandono por el motivo que sea, o cuando sometidos a patria potestad o la tutela, estos no la ejercen, en una suerte de “dejación” de sus facultades; o, de menores protegidos durante la minoría de edad con la tutela o la patria potestad y después de alcanzar la mayoría de edad, no se insta el proceso de incapacitación, sino que se pasa a una guarda de hecho, como una especie de “patria potestad prorrogada de hecho”, o de personas mayores incapacitadas cuyo tutor o curador no ejercen adecuadamente sus funciones, o, en fin, personas mayores que pueden precisar de una institución de protección o apoyo; u otros grupos de especial vulnerabilidad (presuntos incapaces, discapacitados o dependientes), frente a los que puede constituir una opción válida para la protección de su persona y/o de su patrimonio, incluso durante la sustanciación del proceso de incapacitación, el nombramiento de un guardador de hecho”.

4. LA GUARDA DE HECHO, EN LA ACTUALIDAD

4.1 CONCEPTO Y REGULACIÓN

A falta de una definición legal expresa, conjugando los pensamientos de varios autores recojo los caracteres que la definen:

DE PABLO CONTRERAS¹⁰² la define como “la situación fáctica en que una o varias personas no jurídicamente obligadas acogen en su domicilio y presentan asistencia a un menor o presunto incapaz”; la cual –como puntualiza LETE DEL RIO¹⁰³– “no es la

¹⁰¹ (*op. cit.*, nota 88) págs. 2851

¹⁰² (*op. cit.*, nota 3) pág. 565

¹⁰³ En “De la guarda de hecho”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. VI 2ª ed., Madrid, 1984, Edesa, pág. 484

guarda de hecho una creación puramente doctrinal, sino un supuesto harto frecuente en la vida diaria”.

Concibe BERROCAL LANZAROT¹⁰⁴ la guarda de hecho como un mecanismo de protección de los menores o presuntos incapaces (representación y defensa), de naturaleza propia y diferenciada del resto de instituciones de guarda y de otras instituciones a las que se le ha querido acoplar (como la gestión de negocios ajenos y el mandato), contemplado por el ordenamiento como provisional y transitorio pensando en articular una protección estable (sustituirla por la tutela o la curatela, previo proceso de incapacitación).

Pone de manifiesto AFONSO RODRÍGUEZ¹⁰⁵ la complejidad de la figura que refleja situaciones en las que las funciones de guarda y custodia se realizan por un tercero, y no por el titular de la patria potestad o de la tutela, que satisface las necesidades más apremiantes del necesitado de protección de forma voluntaria y sin ningún régimen legal.

Apunta ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA¹⁰⁶ los dos rasgos básicos a los que hace alusión la doctrina científica: Uno positivo, que es la asunción de algún deber de protección respecto del menor de edad o de un incapaz y otro negativo, la inexistencia de un deber de protección establecido por el OJ.

Por su parte FÁBREGA RUIZ¹⁰⁷ diferencia entre dos fases: Por un lado, la guarda de hecho *stricto sensu*, es decir, la verdadera situación de hecho que por su naturaleza no puede tener una regulación que indique como desarrollarse sino, tan solo, producir ciertas consecuencias jurídicas a favor del guardado, por otro lado, el momento posterior a la comunicación de la situación a la autoridad judicial. Y, por último, concreta la finalidad de la institución cuyo objetivo es la protección del interés de la persona necesitada de guarda, es decir, su finalidad tuitiva.

La guarda de hecho posee una regulación escueta¹⁰⁸, tres artículos en el CC y uno en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria (En adelante LJV). Los respectivos artículos del CC ya han sido tratados con anterioridad por lo que conviene hacer hincapié en el requerimiento judicial al guardador de hecho del artículo 52 de la LJV en su relación con el artículo 303.1 del CC. Concretando el precepto del CC, el artículo de la LJV atribuye a la autoridad judicial la facultad¹⁰⁹ de comprobar si la guarda de hecho sustituye a la tutela o a la curatela, según el caso concreto del menor o incapacitado.

¹⁰⁴ En “(La guarda de hecho) Hay derecho. Por una conciencia cívica” en www.fundaciónquerer.org 5 de mayo de 2017

¹⁰⁵ En “La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores” en *Actualidad Civil* XVII/1995, pág. 321

¹⁰⁶ En “Tutela administrativa y guarda de hecho en menores en situación de desamparo” en *Revista del Poder Judicial* nº 60

¹⁰⁷ “¿Qué debemos entender por guarda de hecho?” en *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Madrid, 2006, Editorial Universitaria Ramón Areces, págs. 8 y ss.

¹⁰⁸ (*op. cit.*, nota 107) a este respecto se refiere FÁBREGA RUIZ “la primera crítica que podemos hacer a la regulación jurídica de la guarda de hecho es la insuficiencia y falta de concreción de la misma” pág. 30.

¹⁰⁹ (*op. cit.*, nota 3) lo que califica DE PABLO CONTRERAS “facultad de carácter preventivo” pág. 566

4.2 CONSTATACIÓN

El propio carácter fáctico de la institución es el principal problema al que se enfrenta el guardador para actuar por el guardado en el tráfico jurídico¹¹⁰. Así las cosas, se han propuesto diversos medios/mecanismos para reconocer/acreditar su existencia que, señala FÁBREGA RUIZ no crea la situación, sino que reconoce su existencia. Varios son los mecanismos:

- A través de un procedimiento de jurisdicción voluntaria que acabe con una resolución judicial en la que se declare frente a terceros la existencia de la guarda de hecho.
- Acta notarial de notoriedad
- Nombramiento como guardador del director del centro residencial en que se encuentre el incapaz.
- Recoge uno más PÉREZ MONJE, por un decreto de del Ministerio Fiscal dictado en expediente informativo.

4.3 SUPUESTOS

Recoge BERROCAL LANZAROT¹¹¹ las dos posturas doctrinales existentes en este caso:

Por un lado, la visión amplia¹¹² parte del *estudio*¹¹³ dirigido por el profesor DIEZ-PICAZO entendiendo como supuestos de guarda de hecho todos los allí recogidos¹¹⁴, es decir, los casos más frecuentes y posibles, tales como, la dejación de sus funciones por parte de los padres o tutores (o, incluso, curadores) y la asunción como guardador de hecho por un tercero.

Y, por otro, la postura restringida¹¹⁵ se apoya en la referencia del artículo 303 que declara “*persona que pudiera precisar de una institución de protección y apoyo*” aludiendo únicamente a las guardas en las que no se ha declarado la tutela o incapacidad previa.

Ahora bien, respecto de lo expuesto conviene poner atención y diferenciar, en la realidad social, los supuestos de guarda de hecho *stricto sensu* (que son en los que están pesando los autores nombrados), de los supuestos que se producen de manera corriente

¹¹⁰ Así lo ponen de manifiesto tanto PÉREZ MONGE en “Capítulo V de la guarda de hecho”, *Código civil comentado* vol. 1, Pamplona, Aranzadi, 2011, pág. 1313 como FÁBREGA RUIZ en “La constatación de la guarda de hecho”, *op. cit.*, pág. 15.

¹¹¹ en “La revitalización de la guarda de hecho tras la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia” (I) en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 757, pág. 2856

¹¹² Apoyada por autores como ROGEL VIDE, SANCHO REBULLIDA, MORENO QUESADA y VENTOSA ESCRIBANO, entre otros.

¹¹³ (*Vid.* punto 3.2)

¹¹⁴ Habla detalladamente de los supuestos recogidos en el *estudio* ROGEL VIDE *op. cit.*, pág. 37 y ss.

¹¹⁵ Apoyada por, entre otros, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI y CANO TELLO.

en la vida diaria de las familias. Estos últimos, de los que no podemos considerar ni la existencia de situación de desamparo ni la aparición real de una guarda de hecho, son, por ejemplo: Los padres trabajadores que dejan a sus hijos durante su jornada laboral (sea esta por horas o de días, o incluso, de meses) al cuidado de centros especializados (por ejemplo, guarderías) o de parientes o gente de confianza, misma situación es aplicable a los discapacitados con los centros de día y familiares. Digo, no se pueden tratar de la misma manera porque no se da el elemento relevante para la consideración de un tercero como guardador, dado que no hay dejación de funciones por parte de los responsables de la patria potestad o de los tutores, ya que, la persona que se queda a cargo de los menores o incapacitados lo hace por relación personal o contractual con el poseedor de la patria potestad o de la tutela y no porque dichos niños o incapacitados se encuentren en situación ni de riesgo ni de desamparo.

Por último, especial mención merece la STC¹¹⁶ 298/1993, de 18 de octubre de 1993, brevemente: El supuesto trata sobre una madre soltera que deja a su hijo menor al cuidado de dos mujeres de su localidad, a lo que la entidad pública considera que existe situación de desamparo y la delegada de asuntos sociales procede a entregar al menor a la entidad pública para su tutela. Lógicamente y con los parámetros actuales de la guarda, primero ni hay guarda de hecho porque es uno de los supuestos que se ventilan por la pura relación de los poseedores de la patria potestad con las personas a las que dejan a cargo al menor o incapacitado y, segundo, si consideramos que puede darse la existencia de guarda de hecho, ésta evita el desamparo.

4.4 GUARDADOR DE HECHO

El guardador de hecho carece de definición en el CC¹¹⁷; en cuando a la persona del guardador puede ser tanto física¹¹⁸ (una o varias)¹¹⁹ como jurídica¹²⁰.

Pone de manifiesto BERROCAL LANZAROT¹²¹ dos líneas doctrinales a la hora de la equiparación, en obligaciones y deberes, con el tutor:

¹¹⁶ De esta STC es preciso destacar varias ideas que DE PABLO CONTRERAS realiza en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil* Núm, 34, enero-marzo 1994. Primera, la situación de desamparo ha de ser apreciada y declarada por la administración y no por la autoridad judicial (*Vid.* nota 35). Segunda, la guarda de hecho impide el desamparo. Tercera, la tutela de las entidades públicas posee un contenido flexible porque su actuación administrativa se encuentra presidida por el principio del interés concreto de cada menor. Cuarto, la declaración de desamparo, y la consiguiente tutela de la entidad pública, no implica la extinción de la patria potestad.

¹¹⁷ Señala FÁBREGA RUIZ *op. cit.*, págs. 29 y ss. que “la ley no aclara quién puede ser guardador de hecho, ni cuáles son las funciones del guardador, teniendo que acudir a la exégesis interpretativa para solucionar los frecuentes problemas prácticos (...)” añade “esta interpretación debe realizarse a partir de dos ideas fundamentales: La finalidad tuitiva que la institución persigue y el interés de la persona necesitada de guarda”

¹¹⁸ Apunta BERROCAL *op. cit.*, Nº 722 págs. 2857 y ss. “normalmente, la persona del guardador suele ser un pariente del menor o del presunto incapaz o incapacitado (padres, ascendientes, hermanos, hijos)”

¹¹⁹ Indica BERROCAL *op. cit.*, Nº 722, en muchos supuestos de pluralidad de guardadores son los propios padres quienes actúan como tales en una suerte de patria potestad prorrogada de hecho, cuando al llegar a la mayoría de edad no instan la incapacitación de su hijo

¹²⁰ Aunque es más común el supuesto de guardador P.J. en la esfera patrimonial del guardado puede darse, como señala BERROCAL *op. cit.*, Nº 722, en la esfera personal cuando estemos en el supuesto de un presunto incapaz (normalmente persona mayor) interno en un Centro Residencial materializándose la guarda en el director del mismo.

¹²¹ *op. cit.*, Nº 722 págs. 2862 y ss.

- Autores como SANCHO REBULLIDA, entre otros, abogan por la plena equiparación.
- Otros como la propia BERROCAL LANZAROT, entienden una postura moderada aplicando solamente las normas relativas a la tutela cuando sean adecuadas al régimen del guardador o no exista una norma específica en los arts. 303 a 306 del CC.

4.4.1 FUNCIONES

El guardador va a actuar tanto en la esfera personal como en la patrimonial del guardado, dándose la posibilidad de ciertas variaciones en función del caso concreto a aplicar en el sentido de adaptar las circunstancias que exige el sometido a la guarda¹²².

En el caso de la esfera personal, el guardador se puede ocupar de la alimentación, cuidado, tratamientos médicos, educación y formación; incluso, promover la incapacitación del sujeto. Respecto de la esfera patrimonial, alcanza todos los actos de administración ordinaria y no a los de carácter extraordinario.

La remisión presente en el artículo 306 al artículo 220, ambos del CC, otorga al guardador el derecho a la indemnización por daños y perjuicios en el ejercicio de sus funciones prevista para el tutor. Hace hincapié BERROCAL LANZAROT¹²³ en que el daño al que se alude ha de entenderse en sentido amplio, esto es, comprende el daño moral o material y el daño emergente o lucro cesante, siendo necesario en estos casos que se haya producido el daño sin culpa del guardador.

4.4.2 ACTOS

Dispone el artículo 304 CC *“Los actos realizados por el guardador de hecho en interés del menor o presunto incapaz no podrán ser impugnados si redundan en su utilidad.”*.

En relación a lo expuesto hay que tener claro que el guardador no es representante, ni legal ni voluntario, del guardado de modo que si actúa como dispone el artículo 1259 CC será nulo.

4.4.3 RESPONSABILIDAD CIVIL

En el ámbito civil, se distinguen tres supuestos de responsabilidad:

- La derivada de la obligación de promover la constitución de la tutela, que en caso de no hacerlo será responsable solidario de la indemnización de daños y perjuicios causados (cfr. art. 229 CC).

¹²² *op. cit.*, N° 722 pág. 2861.

¹²³ en “La revitalización de la guarda de hecho tras la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia” (y II) en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 758, págs. 3373 y ss.

- La del guardador por los hechos realizados durante su gestión que perjudiquen al guardado. Señala FÁBREGA RUIZ¹²⁴ que seguirá el régimen de la responsabilidad extracontractual establecida en el artículo 1902 CC.
- La del guardador por los perjuicios causados a terceros por el guardado. Señala BERROCAL¹²⁵ que, aunque el artículo 1903 CC omite al guardador como sujeto responsable de hecho ajeno, tratándose de ilícito civil, se considera que el guardador debe ser igualmente responsable de los daños que causa la persona bajo su custodia.

4.4.4 RETRIBUCIÓN

Aunque si se contemplaba en el *estudio* (cfr. art. 229 y 313) el reembolso de gastos y la retribución del guardador, independiente de la posible indemnización por daños y perjuicios, en la reforma operada en 1983 no se incluyó en el CC y ello generó opiniones doctrinales diversas; LETE niega el derecho a la retribución, y BERCOVITZ expone la situación desde la remisión del art. 306 y considera que no cubre la retribución diferenciándola, además, con las causas que si posibilitan la retribución para el tutor.

Cabe apuntar, hoy día, que por el contrario si recoge el código una retribución para los tutores, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita y el juez fije el importe y el modo de percepción (cfr. arts. 274 CC y 48 LJV), entiende SANCHO¹²⁶ que la analogía y la amplitud de facultades concedidas al juez hacen posible la fijación de retribución en la resolución del nombramiento para el curador y el defensor judicial, llegando incluso, a proponer la homologación por el juez, vía artículo 274 CC, para aprobar una retribución al guardador.

Ahora bien, como apunta ROGEL VIDE¹²⁷, la cuestión pierde sentido si el guardado carece de patrimonio suficiente.

4.4.5 MEDIDAS DE CONTROL Y VIGILANCIA

Una vez que el juez tenga conocimiento de la situación de guarda podrá establecer las medidas de control y vigilancia que considere oportunas (cfr. art. 303.1 párr. 1 CC *in fine*), apunta DE PABLO CONTRERAS¹²⁸, éstas deben establecerse mediante resolución judicial y son un complemento del régimen de protección. Destaca ROGEL VIDE¹²⁹, la necesaria inmediatez de la adopción de tales medidas dado que su retraso puede perjudicar al guardado. De la opinión contraria es LETE DEL RÍO¹³⁰, que considera que tales medidas deben darse después del informe puesto que el juez debe

¹²⁴ “La responsabilidad civil del guardador de hecho” *op. cit.*, págs. 67 y ss.

¹²⁵ en “Aproximación a la institución de la guarda de hecho” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 722, págs. 2871 y ss. También realiza una breve reseña sobre la responsabilidad penal del guardador de hecho de buen interés.

¹²⁶ En “Tutela e instituciones afines”, *El nuevo régimen de la familia*, vol. III, Madrid, 1984, pág. 65.

¹²⁷ (Vid. nota 72) págs. 145 y 146.

¹²⁸ (Vid. nota 3) pág. 568.

¹²⁹ En “Comentario al artículo 303 del Código Civil”, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, Tecnos, 1986, pág. 865. “(...) sin que pueda retrasarse esperando la elaboración del informe del guardador de hecho y su ulterior recepción y conocimiento por la autoridad judicial”

¹³⁰ En “Comentario al artículo 303 del Código Civil”, *op. cit.* pág. 490.

usarlo para adoptar las medidas en consecuencia y, por su parte, BERROCAL LANZAROT¹³¹ rebaja la importancia de la inmediatez, poniéndola en atención a su provisionalidad dado que puede ser sustituida por la tutela o la curatela asumiendo, temporalmente, el Ministerio Fiscal la representación y defensa del tutelado. También añade, actualizando la exposición de LETE DEL RIO (que resaltaba artículos hoy en día derogados), que tales medidas a parte de las contenidas en los artículos 158 y 299 bis incluyen las de los artículos 757.2 y 3 y las cautelares del artículo 762 de la LEC, pudiendo ser adoptadas de oficio o a instancia de parte y en cualquier estado del procedimiento de incapacitación.

Actualmente hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 52.2 LJV *“El Juez podrá establecer las medidas de control y de vigilancia que estime oportunas, sin perjuicio de promover expediente para la constitución de la tutela o curatela. Tales medidas se adoptarán, previa comparecencia, citando a la persona a quien afecte la guarda de hecho, al guardador y al Ministerio Fiscal.”*.

No obstante, apunta BERCOVITZ¹³², el juez puede optar por nombrar como defensor o administrador del menor o incapaz y de sus bienes al guardador, respetando así la situación de hecho.

4.5 GUARDA ADMINISTRATIVA

De lo recogido en el artículo 172.bis del CC se extraen dos vías para que las entidades públicas asuman la guarda de ciertos menores, además de la tutela y correspondiente guarda de quienes estén en situación de desamparo¹³³:

- A solicitud de los padres o tutores (cfr. art. 172 bis.1 CC) cuando *“(…) por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor (…)”* y con el límite *“(…) no podrá sobrepasar dos años como plazo máximo de cuidado temporal del menor, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de las medidas. Transcurrido el plazo o la prórroga, en su caso, el menor deberá regresar con sus progenitores o tutores o, si no se dan las circunstancias adecuadas para ello, ser declarado en situación legal de desamparo”*.
- En virtud de resolución judicial (cfr. art. 172 bis.2 CC) *“(…) cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda, adoptando la medida de protección correspondiente”*.

4.6 ÁMBITO

Dejando a un lado el ámbito subjetivo, ya explicado, varios autores¹³⁴ se han preguntado sobre el alcance de la expresión “guarda de hecho” o, lo que es lo mismo, ¿Puede el

¹³¹ En “La revitalización de la guarda de hecho tras la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia” (y II) en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 758, pág. 3367 y ss.

¹³² En “Comentario a los artículos 303 a 306”, pág. 790.

¹³³ Como apunta PÉREZ ÁLVAREZ *op. cit.*, págs. 445 y ss.

¹³⁴ (Vid. nota 72) págs. 57 y ss. Hace alusión ROGEL VIDE a los pensamientos de LETE, SANCHO y DIÉZ-PICAZO.

guardador de hecho ejercitar funciones propias de un tutor o de un curador o, incluso, de un defensor judicial? A ello respondía ROGEL VIDE¹³⁵ afirmativamente a tenor de la redacción del artículo 303 resultante de la reforma del año 1983, exponiendo su punto de vista en razón a entender la “guarda” en sentido amplio equiparándola tanto a la tutela (donde se dan los casos más frecuentes e importantes) y al resto de instituciones tutelares. Su pensamiento es, y así ha quedado materializado por la revitalización sufrida en 2015, extrapolable a la actualidad, donde el tutor puede, como ya he hecho alusión, acceder a funciones tutelares, entiendo éstas tanto para la tutela como para la curatela y la defensa judicial.

4.7 EXTINCIÓN

No se contempla en el CC expresamente las causas de extinción de la guarda de hecho; por el contrario, si se contemplan en el CC de Cataluña¹³⁶ (en adelante, CC-Cat) del cual podría el legislador tomar nota a este respecto.

Por el estudio llevado a cabo de esta institución, entiendo, aunque legalmente no se encuentre reflejado, dos maneras de extinción: La primera, por quedar sustituida por la tutela (si así se estima cfr. art. 228 CC) o la curatela (previa incapacitación) y, la segunda, tras la intervención de medidas específicas tomadas por el juez en el ámbito de la guarda de hecho lo que la convierte en una especie de guarda de hecho-de derecho¹³⁷ que finalizaría por las siguientes causas: Todas las causas del CC-Cat, las cuales son: por la desaparición de las causas que la motivaron, por la declaración de desamparo del menor, por el nombramiento de defensor judicial o por la constitución del pertinente régimen de protección, lo que conlleva iniciar, si hay causa para ello, el correspondiente procedimiento de incapacitación, sometiendo a tutela o curatela al presunto incapaz. Y, también, la muerte o declaración de fallecimiento de la persona protegida.

CONCLUSIONES

En general, el régimen jurídico de protección de los menores y discapacitados ha evolucionado en el Derecho español con el incentivo, siempre, de los cambios sociales, lo que le ha permitido mejorar y completar la legislación para ir, poco a poco, conformándola con la conciencia social que se ha ido generando en cada etapa.

Particularmente, la guarda de hecho, es una de las instituciones más empleadas para la protección de los menores e incapacitados, siendo utilizada frecuentemente en la vida cotidiana, lo que no es casualidad, si no se debe, primordialmente, a la desconfianza por parte de los ciudadanos, legos en derecho, a las formalidades jurídicas.

Es importante diferenciar las situaciones que se crean por el desarrollo normal en la vida corriente de las familias, de las verdaderas situaciones de hecho, donde juega un papel fundamental la situación de desamparo. Por ello es necesario concienciar y formar más, en derecho, a los trabajadores sociales por su relación directa con las familias que sufren tales situaciones para evitar situaciones ilógicas que se han dado en el pasado.

¹³⁵ (Vid. nota 72) págs. 62 y ss.

¹³⁶ Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia

¹³⁷ lo que define BERROCAL LANZAROT como “fase de interinidad” *op. cit.*, Nº 722, pág. 2863.

También, ser una situación producida de facto la hace impredecible, lo que dificulta su regulación detallada en el momento anterior al conocimiento por la autorización judicial. Pero si considero necesario un mayor detalle regulatorio del momento posterior, dado que de su parquedad nacen la gran mayoría de sus problemas, sobre todo, en la figura del guardador de hecho y las causas de extinción.

Por último, como he puesto de manifiesto anteriormente, fruto y efecto del carácter cotidiano y la mínima regulación de la guarda de hecho, en 2015 se produce un punto de inflexión en la institución. Tal punto de inflexión, consiste en conferir al guardador de hecho la legitimación que le permite promover la privación o suspensión de la patria potestad y la remoción de la tutela o el nombramiento del tutor, consiguiendo así, reforzar y revitalizar la figura frente al resto de instituciones y, en suma, la institución en sí misma. Claro está, dicho reforzamiento, importante y necesario, no supera la exigencia de regular con mayor extensión y detalle la guarda de hecho.

BIBLIOGRAFÍA

AFONSO RODRÍGUEZ, “La guarda de hecho: su relación con otros institutos jurídicos de protección de menores” en *Actualidad Civil* XVII/1995.

ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, “Tutela administrativa y guarda de hecho en menores en situación de desamparo” en *Revista del Poder Judicial* nº 60, 2000.

BERROCAL LANZAROT, “Aproximación a la institución de la guarda de hecho” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 722, 2010.

BERROCAL LANZAROT, “La revitalización de la guarda de hecho tras la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia” (I) en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 757, 2016.

BERROCAL LANZAROT, “La revitalización de la guarda de hecho tras la Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia” (y II) en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 758, 2016.

BERROCAL LANZAROT, “(La guarda de hecho) Hay derecho. Por una conciencia cívica” en www.fundaciónquerer.org 5 de mayo de 2017.

BERCOVITZ, *De la guarda de hecho*, Madrid, 1984.

BERCOVITZ, “comentario a los artículos 303 a 306”, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, 1986.

CANO, *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines*, Madrid, 1984.

CASTAN VAZQUEZ, “La llamada patria potestad de hecho”, *Revista de Derecho Privado*, 1978.

DE BUEN, *Curso elemental de Derecho civil*, t. II, Madrid, 1923.

DE PABLO CONTRERAS, “Capítulo 45: Instituciones de guarda y protección de menores o discapacitados” (Guarda de hecho. Declaración de desamparo. Acogimiento), en *Tratado de Derecho de Familia*. Volumen VI: *Las relaciones paterno-filiales*, II (2ª edición), Madrid, 2017.

DÍEZ-PICAZO, “Notas sobre la institución tutelar”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, 1973.

DÍEZ-PICAZO, “Las Líneas de inspiración de la reforma del Código civil en materia de tutela”, en *Familia y Derecho*, Madrid, 1984.

ESCOBAR, “La tutela”, en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1943.

FÁBREGA RUIZ, “¿Qué debemos entender por guarda de hecho?” en *La guarda de hecho y la protección de las personas con discapacidad*, Madrid, 2006, Editorial Universitaria Ramón Areces.

FUENTESECA DÍAZ, *Derecho Privado Romano*, Madrid, 1978.

GIL RODRÍGUEZ en “Capítulo X: Las Instituciones Tuitivas”, en *Manual de Derecho Civil*. Volumen I: *Introducción y derecho de la persona* (3ª edición), Madrid-Barcelona, 2001.

JIMENÉZ LAINEZ, *Evolución legislativa de la responsabilidad penal del menor*, Pamplona, 2014.

LETE DEL RIO, “De la guarda de hecho”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, T. VI 2ª ed., Madrid, 1984.

LOPEZ NAVARRO, artículo de internet “Resumen de las dos leyes de menores” en www.notariosyregistradores.com, 27/08/2015.

MARTINEZ DE AGUIRRE, “Capítulo 15: La protección de los menores e incapacitados, en general. La Patria Potestad” en *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Madrid, 2016.

MORENO-TORRES SÁNCHEZ, *Modificación del Sistema de Protección a la infancia y a la adolescencia, Guía para profesionales y agentes sociales*, Málaga, 2015.

ORTEGA PARDO, “La tutela de hecho”, en *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, año XCII, 1947.

PARRA LUCÁN, “Capítulo 43: Instituciones de guarda (1). La tutela”, en *Tratado de Derecho de Familia*. Volumen VI: *Las relaciones paterno-filiales*, II (2ª edición), Madrid, 2017.

PARRA LUCÁN en “Capítulo 44: Instituciones de guarda (2). La curatela y el defensor judicial”, en *Tratado de Derecho de Familia*. Volumen VI: *Las relaciones paterno-filiales*, II (2ª edición), Madrid, 2017.

PÉREZ ÁLVAREZ, “Capítulo 15: La protección de los menores e incapacitados, en general. La Patria Potestad” en *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Madrid, 2016.

PÉREZ ÁLVAREZ, “Capítulo 16: La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados”. En *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Madrid, 2016.

PÉREZ ALVAREZ, “Capítulo 17: el sistema público de protección de menores e incapaces”. En *Curso de Derecho Civil (IV) Derecho de Familia*, Madrid, 2016.

PÉREZ ALGAR, “Derecho individuales e incapacitación”, *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, ICAI, Madrid.

PÉREZ MONGE, “Capítulo V de la guarda de hecho”, *Código civil comentado* vol. 1, Pamplona, Aranzadi, 2011.

ROGEL VIDE, *La Guarda de hecho*, Madrid, 1986.

ROGEL VIDE, “Comentario al artículo 303 del Código Civil”, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, Tecnos, 1986.

RUEDA DÍAZ DE RÁBAGO, *La guarda de hecho, personas mayores. Vida independiente y soluciones jurídicas*, Las Palmas de Gran Canaria, 8 y 9 de octubre de 2009, Fundación Aequitas.

SANTOS URBANEJA, *La Guarda de hecho: Institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad*, 2017

SANTOS URBANEJA, *La Guarda de hecho*, Córdoba, 2004.

SANCHO REBULLIDA, “Capítulo X: La Patria Potestad”, en *Elementos de Derecho Civil*. Volumen IV: *Familia*, Madrid, 2010.

SANCHO REBULLIDA, “Capítulo XI: La guarda de los menores e incapacitados”, en *Elementos de Derecho Civil*. Volumen IV: *Familia*, Madrid, 2010.

SANCHO REBULLIDA, “Tutela e Instituciones afines” de la obra *El nuevo régimen de la familia* vol. III de LACRUZ BERDEJO y otros, Madrid, 1984.

SEISDEDOS MUIÑO, “Capítulo IX: La Patria Potestad”, en *Manual de Derecho Civil*. Volumen I: *Introducción y derecho de la persona* (3ª edición), Madrid-Barcelona, 2001.

VIDAL CASERO, “La Evolución legislativa de la protección del menor, la defensa de sus derechos y la atención a su salud” en *Derecho y Salud Vol.11, Núm. 1, julio-diciembre 2002 Publicación Oficial de la Asociación de Juristas de la Salud*.

YZQUIERDO TOLSADA, “Capítulo 42: La Patria Potestad”, en *Tratado de Derecho de Familia*. Volumen VI: *Las relaciones paterno-filiales*, II (2ª edición), Madrid, 2017.